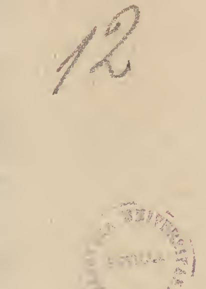
Sobre vna lesion enorme y enormisima en la venta de vnas casas





P O R
EL CAPITAN
LORENZO DE HERRERA

Betancor, cauallero professo del Abito de Christo, Regidor de Cadiz, y vezino de la dicha ciudad.

CONTRA

Et Prior y Conuento de señor S. Agustin de la dicha Ciudad.

En Granada. Im pressa por Vicente Aluarez. En la calle del Pan. Año de 1633.

1 N ESTE PLEYTO SE ha hecho memorial ajustado por las partes, y asi nos remitiremos en todo lo necessario al dicho Memorial.

2 ¶ La pretension del dicho Prior y Conuento, viene a ser, que en la escritura de venta de las casas que el dicho Capitan, y su muger les vendieron, interuino lesion enormissima, porque valiendo las dichas casas al tiempo de la venta, solos dos mil ducados, pagaron 6U. por ellas, y demas de esto se obligaron a labrarle vna Capilla, con tales calidades y preeminencias, que importa todo mas de 8U. ducados, piden que la escritura se dè por ninguna, o alomenos se rescinda, reduziendo el precio de las casas a su justo valor, y se condene al Capitan a que les restituya lo que restare de los dichos seys mil ducados.

3 ¶ El dicho Capitan Lorenço de Herrera, trata de excluyr la dicha pretension, por tres medios, y asi diuidimos esta informacion en ellos, y en cada vno se satisfarà a las oposiciones del dicho Conuento.

4 ¶ El primero, que en la venta de las dichas cachas casas no vuo lesion contra el Conuento, ni ay prouança de ello, y que asi ha de ser absuelto de la dicha demanda.

5 ¶ El segundo, que el dicho Capitan fue engañado, y que contra el vuo lesion enormissima; y que el Conuento ha de ser condenado en la cantidad de marauedis, que van desde 6U. ducados a 15U. que valen las casas, y alquileres, que el dicho Conuento deuia en que le tiene reconuenido.

6 ¶ El tercero, que la dicha venta le fue muy vtil al dicho Conuento, y que la Capilla que el dicho Prior y Conuento se obligaron a labrar para el dicho Capitan en su Iglesia, en la estimacion, aun no llega a satisfazer los beneficios de que son deudores al dicho Lorenço de Herrera.

PRI-

7 AViendo el dicho Prior y Conuento intentado demanda de lesion de las dichas casas, la deue prouar, por ser fundamento de su intencion, aliás namque reus, & si nihil præstiterit erit absoluendus, *l.2.de probat. l. actor, C. eod. l. militi, §. Veteranus, ff de milit. testam.* ibi: *Cuius exceptionis vires ex persona petentis stimantur, l.1. ff. si pars hæredit. petat. cap. olim 25. de rescript. l.39. tit.2, l.1, tit. 14. p. 3,* & notant in terminis Lancelo. *de attentat. 3. p, c. 24, q.1 n.32, & 33,* Petr. Surd. *cons.415, nu.11,* ibi: *Et in iudicijs metimur ius ex persona actoris,* Bartol, *in authent. hoc locum, n.12,* vers. *Tertio, C. de secund. nupt. & vbi nõ cõstat de iure petitoris nõ curamus an possessor ius foueat vel nõ, &c.* & in indiuiduo materiæ lesionis tex. *in l.65, tit.5, p.5,* ibi: *E si el vendedor esto pudiere prouar:* De forma, que no prouando la dicha lesion, y faltando el dicho requisito, viene a quedar el juyzio sin fundamento, y el actor sin derecho de obtener, y assi toda la fuerça de este articulo consistirà en aueriguar si el dicho Prior y Conuento tiene prouada la dicha lesion.

Actore n[on] probante reus absolvitur.

8 ¶ Dos generos de lesiones ha conocido el derecho. La vna enorme, y la otra enormissima, la enorme es la que contiene la venta en que la cosa fue vendida, vltra dimidiam iusti precij, y esta se ha de intentar dentro de quatro años, y no despues, *l.1. tit.11. lib.5. recopil.* (que corrigio la disposicion delderecho comun, que segun el duraua, esta accion 30. años, cum hæc esset vita actionum, *l. omnes, C. de præscript. 30. vel 40. annor.* vbi Bart. & Salicet.) Azeued. *in d. l.1.* & ibidé, Mãtiéç. *glos.10. per totã.* D. Cou. *lib.2. var. c.3. n.10. in fin.* Ant. Gom. *tom. 2. c. 2, n.22,* y en quãto a la dicha lesion, el dicho Prior y Cõuento, no está en tiẽpo de intentarla, porque la vẽta fue en 23. de Agosto de 625. y la demanda a 28. de Nouiembre de 631. De forma, que passaron seis años, tres meses, y cinco dias.

Quid, et quae lesion est. Enormis. Lesio enormis praescribit quadriennio.

9 ¶ La enormissima es la que contiene, no solo

Enormissima

enga-

engaño, vltra dimidiam, sed quod excessus est talis, que viene a ser cerca dos partes mas de la mitad del justo precio el exemplo, que por el señor Presidente Couarr. *lib. 2. Var. c. 4. n. 5.* es en vna casa, que valiendo 3500. ducados, se vendio en 1500, y otro refiere Ioan. Gutierr. *de iuram. confirmat. p. 1. c. 26, n. 7,* de otra possesion, que valiendo 2300. se vendio en 1000 la qual opiniõ esta practicada en esta Chancilleria, teste Gregor. *in l. 56, tit. 5, p. 5, gloss. 12. & vltima,* idem docet Matienç. *in dialog. relat. 3, p. c. 20. n. 11,* sequitur Padilla, *in l. 2. C. de res. vend. n. 43,* & Ioannes Gutierr. *cons. 16, nu. 23.* Scouar, *de ratioc. com. compet. 6. n. 8,* En la qual tiene el derecho tiempo señalado en que se deue intentar, que es dentro de treinta años, y passados no se puede introduzir demanda, *l. 10. tit. 19, p. 6,* ibi: *Pero si el menoscabo fuesse tan grande, que montasse demas de la mitad del precio, que valia alguna de las cosas sobredichas, que fuesse enagenada, entonces bien puede demandar enmienda, e restitucion fasta treinta años, desde el dia que fue hecho el enagenamiento de la cosa,* vbi Gregor. Lop. *gloss.* verb. *Treinta años.*

10 ¶ A este genero de lesion, parece, que mira la demanda del dicho Prior, y Conuento, segun la relaciõ y conclusion de ella, la qual es preciso que se funde en la decision de la *l. 2, C. de rescind. vendit.* Y segun lo decisiuo de la dicha ley, se comprehenden dos cosas. La vna, que el vendedor engañado tenga obligacion a boluer el precio, y recebir la cosa que vendio, en caso que el comprador no quiera retenerla. La otra, que està en su eleccion, que queriendola retener, lo puede hazer, y suplir el justo precio, verba legis, hæc sunt: *Rem maioris pretij, si tu vel pater tuus minoris distraxerit humanum est vt vel pretium te restituente emptoribus, fundum venũdatam recipias authoritate iudicis intercedente, vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipias, &c.* De forma, que la obligacion de restituir la cosa, es precisa, taliter, que si ha perecido, o ay impossibilidad en la restitucion, aunque conste del engaño, no ay obligacion al suplemento del precio de parte del Reo demandado, que lo es como vendedor,

porque el dicho suplemento est in electione nō vero in obligatione Azeued. *in l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.* verb. *De la cosa que vendio, n. 26*, Anton. Gom. *var. 2. c. 2. n. 22. ad fin.* Pinelus, *in d. l. 2. c. 3. n. 2*, celebris doctrina Bald. *in d. l. 2. n. 14*, dicens: *Vndecimo quæro nunquid in lege nostra sit obligatio alternatiua; glossa sentit quod non, sed sit in obligatione rem reddi pretio restituto; quod autem reus possit supplere iustum pretium, hoc est potius quoddam beneficium rei quam quod teneatur ad hoc*, & inferiùs, ibi: *Item vtile est: scire quia si solutio non est alternatiua re perēpta non potest agi, nam ad rem non, quia perempta, ad supplectionem pretij non, quia non est in obligatione, & hæc est ipsa veritas, &c.* La qual dotrina está canonizada por la dicha *l. 56. tit. 5. p. 5*, ibi: *E si esto no quisiere fazer el comprador, deue desamparar la cosa al vendedor, e recebir del el precio que auia dado por ella.* Y siendo assi, que la demāda del dicho Cōuento vá mirando a no restituir las casas que el Capitan les vendio, porque está impossibilitado, quia res non est integra, no puede ser oydo, ni intentar la dicha accion de lesion, *d. l. 56*, ibi: *E esto dezimos que puede fazer, e demandar el vendedor, o el comprador, non seiendo la cosa que se vendio perdida, nin muerta, nin mucho empeorada, ca si alguna de estas cosas le acaecciesse, non podria despues fazer tal demanda.*

11 ¶ Con estas aduertencias, dezimos, que el dicho Prior, y Conuento no tiene prouada la dicha lesiō, y antes q̃ lleguemos a tratar de las deposiciones de los testigos, es necessario referir lo que han de concluir para que hagan fee, y concluyente prouança en materia de lesion enormissima.

Que deben probar ... lesio fundet. [handwritten margin note]

12 ¶ Lo primero, que el fundo que se vendio al tiempo del contrato, valia a justa y comun estimacion, el precio que se pretēde aueriguar para la lesion, *l. si voluntate, C. de rescind. vend. l. 3. § diui fratres, ff. de iur. fisci*, Osasc. *decis. 41, n. 5.* Surd. *cons. 151, n. 71, lib. 2*, Menoch. *cōs. 358, n. 13, lib. 4*, Mascard. *de probat. tom. 1. concl. 963, n. 4.* Matienç. *in l. 1. tit. 11. lib. 5, recop. gloss. 2, à n. 1.*

13 ¶ Lo segundo es necessario, que depongan

con

con certeza, y de afirmatiua, que saben el valor de la cosa, porque de otra manera si depusiesse de credulidad, no haze fee, ni prueua, Fulgos. *cons.* 242, *n.* 1, *cum seqq.*

14 ¶ Lo tercero, quod reddant rationem dicti sui quanuis de hoc non sint interrogati, Pinel. *in d. l.* 2. *C. de res. vend. n.* 12. *cum seqq.* Farinac. *de testibus*, Decius, *in regulà quatenus, n.* 5. *&* 6. *de reg. iur.*

15 ¶ Lo quarto, es necessario, quod deponant de iuxta, & communi estimatione. Socin. *cons.* 8, *visis, colum.* 2. *lib.* 1, Rebuf. *in l. vnica, n.* 502. *in fin. C. de eo quod interest.*

16 ¶ Por tres generos de prouanças pretende el Conuento que tiene prouada la dicha lesion enormissima. El primero, por testigos que deponen del valor, tempore contractus. El segundo, por la escritura de vẽta, que el año de 616. se otorgò en fauor del Capitan, quando comprò las dichas casas en 1900. ducados. El tercero por las escrituras de arrendamiento, por dõde consta el precio en que estuuieron arrendadas, desde el año de 616.

17 ¶ Por ninguno de los dichos tres generos, el dicho Conuento tiene prouada la dicha lesion.

18 ¶ Porque en quanto al primero de los testigos, ninguno dellos depone con las calidades y circunstancias necessarias, que quedan consideradas, que para que mejor conste de sus deposiciones, se referiran sus dichos en la 12. preg. en que fueron examinados.

19 ¶ El Licenciado Azeuedo dize, que al tiempo que entrò en las casas el Conuento, no valian mas de 1900. ducados, y lo mismo era al tiempo de la segunda escritura separado lo que el Conuento auia labrado en ellas.

20 ¶ Diego Prieto de Alcaçar, dize, que las dichas casas al tiempo de la primera vẽta, valian dos mil ducados y no mas, y que estauan viejas, y caian a la calle del Rosario.

21 ¶ Pedro de la O, en la 13. pregunt. dize, que valian las dichas casas 1.900. ducados, que fue la cantidad en que el año de 1616. las comprò el Capitã, y que

el año de 1617, las vendio sin auer mejorado en ellas.

22 ¶ Manuel de Iliberri, dize, que a su parecer valian 1900. ducados, y que en essa cantidad se le remataron al Capitan en almoneda, y si mas valieran los interessados enla particion quando se vendieron, no lo permitieran.

23 ¶ Aluaro Gramaxo, dize, que quando el Capitan entregó las casas, estauan muy viejas, y cayendose, y que a justa y comun estimaciõ solo valian dos mil ducados. Los demas testigos no deponen cosa de substancia, y se remiten al testimonio de quando las cõpró el Capitan.

24 ¶ Ex dictis depositionibus plusquam manifesté patet, que ninguno de los dichos testigos depone de valore rei tempore contractus affirmatiué, reddens rationem dicti sui quantum ad pretium iustum, & communé stimationem, que son los requisitos necessarios, que deuẽ concurrir, vt dicit Bart. *in d. l. vnica, col. fin. C. de eo quod interst: testem debere dicere quod communiter tãti stimatur illa res in foro publico, & in hac ciuitate, & in tali tẽpore*, quia stimatio cõmunis alicui⁹ rei nihil aliud est quã cõmunis opinio de pretio, & valore rei: *Vel si testis* dicat quia vidit practicari, & audiuit ab eis qui similia emunt tuendunt quod tantum valebat.

25 ¶ Y en todos los dichos testigos ninguno ay que deponga de justa, y comun estimacion, excepto Aluaro Gramaxo, y esse no dà razon de su dicho, demas que es singular, y siendolo, no haze prouança, porque es caso en que se requiere plena.

Depositio de proprio iuditio testis redditur ineficax.

26 ¶ Manuel de Iliberri, depone de suo iudicio per quod talis depositio reditur ineficax, Menoch. *cons.* 358. *n.* 26 *lib.* 4. Alex. *cõsi.* 74, *n.* 6, *lib.* 1, Curt. iun. *cõsi.* 144, *n.* 3, *post medium, & cõsi.* 165. *n.* 17.

27 ¶ El Licenciado Azeuedo, y Pedro de la O, en substancia, deponen vna mesma cosa, sin que se pueda colegir desus deposiciones, causa con que se conozca en ellos ciencia de que el precio que deponen sea el justo que

sto que valian las dichas casas, siẽdo necessario, que para que prueven den causa de su ciencia, Menoch. *vbi supra dist. consi. 358. num. 20. lib. 4.* Y de las deposiciones de los vnos y otros testigos se conoce con la cautela que deponen: pues siendo asi, que las casas que el Capitan vendio eran tres pares, los dos que comprò en almoneda en 1900. ducados, y la otra, que recibio en dote con su muger, y que vale mas de tres mil ducados, sin hazer distincion de lo susodicho (que consta por la escritura de transacion desta diferencia) en las dichas deposiciones, dizen, q̃ las dichas casas valen 1900. ducados, porque asi se le remataron en almoneda, queriendo con lo susodicho incluyr el valor de las casas dotales, siendo asi que son diferentes en cantidad, calidad, y linderos.

28 ¶ Y en el caso deste pleyto era mas necessaria la dicha razon en los dichos de los testigos, y ciẽcia verdadera en las deposiciones, porq̃ se trata de estimatione domus in qua requiritur magna, & diligens inquisitio, Bald. *in l. vltim. in fin. n. 6. C. de iur. dom. impet.* Alex. *in l. precia rerum, n. 12.* vers. *Adit etiam, ff. ad leg. falcid.*

29 ¶ Y quando los dichos testigos depusieran con las dichas calidades y circunstancias, consideradas las deposiciones no pudieran ser de momento alguno, porque los testigos examinados por el Capitan, en la sexta pregunta de su interrogatorio deponen, que las dichas casas valian a justa y comun estimacion de 8500. à 9000. ducados, dando razõ de sus dichos por la calidad del edificio por el sitio, y por la comun estimacion que se haze del en la dicha ciudad, en numero son mas los dichos testigos, peritos en el arte, y en concurso de provanças se deve preferir la del dicho Capitan a la del Convento. Lo primero, por el numero de testigos. Lo segũdo, por la calidad dellos, y por ser expertos en la materia, y de indubitable credito, Osasc. *decis. 99. num. 35.* Cravet. *cons. 1. pro genero, n. 352.* Lo tercero, por la ma

Depositiones maiori verosimilitudine nitentes magis attendunt.
Idq in continentibus meliores rationes.

yor verisimilitud, que es causa, que aunque fuerã menos en numero, prefieran sus deposiciones, Cravet. *vbi sup.n.* 372. Grammat. *decis.* 103. *n.* 18. Mars. *singul.* 343. Lo quarto, por la mejor razon de sus dichos, que govierna las deposiciones, Bertazol. *cons.* 518. *n.* 10. *lib.* 2. Bursat. *cons.* 197. *n.* 33. *& consi.* 331 *n.* 34. *lib.* 3. Lo quinto, porque el dicho Capitan Lorenço de Herrera es reo, y aun en caso de yguales provanças se avia de preferir la suya, Corset. *in suis sing. litera T, singul.* 9. Puteo, *decis.* 428. *lib.* 3. Magon *decis. Lucens.* 65. *nu.* 14.

Praesumptio juris est, quod domus justo pretio fuit vendita.

In materia justi pretij domus, non ad naturam, sed ad estimationem quam tenet attenditur.

30 ¶ Con lo susodicho concurre, que algunos de losdichos testigos son alarifes de la dicha ciudad y otros ingenieros, & concurrit etiam præsumptio iuris, quod pro iusto precio domus fuit vẽdita, Bald. *in l. si fundus, §. quamquam ad fin ff. de reb. eorum,* Fabian. *de mont. de empt. & venditio. q.* 8. *num.* 25. *in fin. tom.* 6. *p.* 1. Menoch. *cons.* 358. *num.* 23. *lib.* 4. Y en materia de justo precio no se ha de atender a la naturaleza de la casa, sino a la estimacion que se haze della, Conrad. *lib.* 3. *de contract. q.* 52. *opos.* 2.

31 ¶ Sin que sea de consideracion, ni pueda obstar al dicho Capitan la oposicion que haze el dicho Convento, que quando se ratificaron algunos testigos del dicho Capitan ante el Receptor enmendaron sus dichos en quanto al tiempo, que fue dezir, q̃ las casas valian la cantidad que avian depuesto, que se entendiesse el valor el año de 631. Siendo asi, q̃ antes avian dicho, que al tiempo de la venta, porq̃ lo susodicho no tiene contrariedad, supuesto que la deposicion cae sobre el valor de las dichas casas cõforme al edificio que vendio el dicho Capitan al Cõvento, y a el se deve referir la deposicion, para q̃ no se entienda que varia en el tiempo, Bald. *in l. apud antiquos, num.* 1. *in fin.* vers. *Nota quod si testis, C. de furt.* Alex. *cons.* 185. *col. penult.* vers. *Bene facit. num.* 5. *lib.* 7. demas de que en caso de duda verba testium sunt interpretanda, & reducenda ad bonum sensum, si

pos-

possunt,& non cavilanda, Bald. *in l. de quibus, colum. fin. ff. de leg.* ipse Bald. *in c. causam, de rescript.*

32 ¶ Y no todos los testigos limitã sus dichos en la dicha forma, porque la mayor parte depone del tiempo de la venta, y quando los quieran considerar contrarios entre si, se ha de estar a la mayor parte en quanto a las deposiciones, porque se presume que dixeron mas biẽ informados de la verdad, y no es visto aprovar el testigo con la presentaciõ, para que se pueda dezir, que ha de dañar su dicho al q̃ le presenta, porque solo se entiẽde aprovada la persona, y no la deposicion, ex pluribus Stephan. Gratian. *cap.* 468. *num.* 77. Demas de que la presuncion del derecho asiste por las primeras deposiciones, y las segundas se presumen solicitadas por la parte cõtra quien eran las primeras, y aun subornacion para obligar a los testigos, que depusiessen lo contrario de lo que avian depuesto, y assi respeto de lo dicho se ha de estar a sus primeras deposiciones, AEgid. Boss. *tit. de public. proces. & testi. à n.* 32. *usque ad* 37.

In testibus non dicta, sed personas, seu persona approbatur.

33 ¶ Y la dicha provança tiene vn adminiculo que la autoriza en grande manera, que es el testimonio que el Capitan presentò, de las declaraciones q̃ en virtud de Paulina del Nuncio de su Santidad, ganada a instancia del Convento, para averiguar el valor de las dichas casas, hizieron muchas personas, assi cavalleros, como maestros de obras, los quales por miedo de las censuras, y por descargo de sus cõciencias declararon, que las dichas casas valian al tiẽpo de la venta, vnos dizen ocho mil ducados, y otros mas.

34 ¶ Por manera, que en quãto al primero genero de provança por testigos, el dicho Convento no tiene provada la dicha lesion en todo, ni en parte, y el dicho Capitan tiene concluyente provança del precio justo que las dichas casas valian al tiempo de la venta, antes, y despues, q̃ eran mas de ocho mil y quinientos ducados, y dos mil y quiniẽtos de

alqui-

alquileres, que hazen las dichas cantidades juntas mas de onze mll ducados.

35 ¶ En quanto al segundo genero de provãça tampoco la tiene el dicho Convento, quod ex sequentibus demonstratur.

36 ¶ Primò, no es de consideracion pretẽder el dicho Convento, que porque el Capitan comprò las dichas dos casas el año de 1616. en 1900. ducados, que tiene provada la lesion enormissima, aviẽdoselas vendido el año de 625. en seys mil, porque el excesso es muy grande, y el discurso de tiempo q̃ passò de lo vno a lo otro no es tal, que en el el valor de las dichas casas se pudiesse aver mudado. Porque a lo susodicho se responde, que non est considerandum quanti fuerit res empta à venditore, Domin. Covarr. *lib. 2. variar. cap. 3. num. 4.* vers. *Secundo quia,* potuit ipse decipi, & sic non sufficit provare quãtũ constitit, sed quantum valebat, Bart. *in l. cum emptor, § fin. ff. de damn. infect.* vbi dicit, se vidisse in hoc errare magnum advocatum, Rebuff. *in d. l. vnica, C. de eo quod interest, num.* 499. Demas que las casas que el Capitan comprò en los 1900. ducados fueron dos solas, y las que vendio al Convento fueron tres pares, que estas vltimas eran del dote de doña Argẽta Boquin, muger del Capitan, y valian ellas solas mas de tres mil ducados, como queda referido.

Emens rem, et posteà vendens alteri eodem pretio, non poterit juvari contra oppositam lesionem ex eo quòd eodem pretio vendiderit, quo emit.

37 ¶ Y es de notar, que el remate que se hizo en el dicho Capitan Lorenço de Herrera fue entre herederos, y de comun consentimiento hecho judicialmente para la consistencia del, no para que se rematassen en el mayor ponedor, sino en el precio q̃ el dicho Capitan quisiesse por las pretensiones que tenia contra ellos, lo qual no puede hazer apoyo a la pretension del Convento, porque bien pudieran los coherederos darselas en menor precio, como dueños dellas, para satisfazerle lo que le devian.

38 ¶ Secundò, porque de menos consideracion es el testimonio presentado por el dicho Convẽto,

por

por donde consta, que comprò el año de 1630. vnas casas en la calle de San Francisco, por 1300. ducados, de que saca por ilacion, que siendo las dichas casas mejores que las del Capitan, y en el dicho precio tiene prouada la lesion, porque lo susodicho tiene concluyente satisfacion, considerando, que para que el dicho instrumento obrasse algun efeto, era necessario prouar, quod dicta emptio fuit de domo eiusdem qualitatis, que las del Capitan, sobre que se litiga, & tunc ex tali probatione iustificaretur valor prætensus, lo qual nullibi probatum existit in casu nostro ideo non releuat, Alex. in *l. lege falcidia, §. corpora, n. 2. ff. ad legem falcid.* Cagnol. *in l. 2. n. 233. C. de rescin. vendit.* Honded. *cons. 31. n. 51. lib. 1.* Mascard. *conclus. 657. n. 11.*

39 ¶ Tecero, porque para que el dicho instrumento fuesse de efeto alguno, era necessario que estuuiesse acompañado de otros, similium venditionum rerum vicinarum, & quod essent multa ad hoc, vt ex eis saltim præsumptiuè probetur cōmunis stimatio, Decian. *consil. 17, n. 32. lib. 2,* Mantica, *de tacit. & amb. conuent. titul. 20, lib. 4, n. 18.*

40 ¶ Quarto, porque con la mudança del tiempo, se muda el valor de las cosas, y mas siendo inmuebles, y en este caso passó largo discurso de tiempo, como fue desde el año de 616. al de 625. y en particular en la Ciudad de Cadiz, donde ha crecido el valor de las casas excessiuamente, por la cantidad de vezinos que se le ha augentado, lo qual và cada dia siendo en mayor numero.

41 ¶ Todo lo qual falta en el caso de este pleito, porque la dicha escritura, es vnica, y no ay prouança de que las casas compradas, eran de la mesma calidad, que las que vendio el Conuento, & sic, el dicho medio queda destituydo de todo fundamento de derecho.

42 ¶ En quanto al tercero genero de prouança, fundada en los arrendamientos q̃ el Conuento ha presentado de lo que han rentado las casas, desde el año de 608. hasta el de 616. tambien tiene concluyente satisfacion.

43 ¶ Por los dichos arrendamientos, parece que la casa principal ganó, desde 36. á 54. ducados cada año, y la pequeña 9. ducados, y la prouança, que en razó de lo susodicho pretendio hazer el Conuento, toda se reduze a que los testigos en la 14. preguntas se remiten a los dichos arrendamientos, esto es suma con lo que se pretende prouar en el dicho tercero genero.

44 ¶ El Capitan Lorenço de Herrera, para excluyr lo susodicho, se vale de tres medios, el primero de la prouança que ha hecho en esta instancia, en la qual deponen tres testigos, que el vno es Pedro Bernal albañil, el qual como tal Maestro dize, que las dichas casas, valdrian de renta cada año 300. ducados. Alonso Gonçalez Barriga dize, que valdrian las dichas casas de arrendamiẽto 300. ducados. Otro dize, que le parece que las dos de las tres casas valdrian de arrendamiento dozientos ducados. El segundo medio es, por dos escrituras, que la vna contiene, que el dicho Capitan para el año de 616. & 617. arrendó las dichas casas, en 80 ducados cada año, y la otra, que el dicho año de 616. dio las dichas casas a censo, por 97. ducados y medio cada año. El tercero es, el de la confessiõ del dicho Conuento en la escritura de transaccion, donde declara, que los alquileres de las dichas casas montauan 2500. y hecha la cuenta, desde que entraron en ellas, hasta el otorgamiento de de la dicha escritura, sale cada año a trezientos ducados.

45 ¶ Descendiendo por cada genero de prouança de los referidos, dezimos, que el dicho Capitan tiene prouado, que las dichas casas valian de arrendamiento 300. ducados al tiempo que el Conuento las arrendó, en lo qual deponen los dichos testigos, como personas expertas peritos en la materia, sobre que deponen, a cuyas deposiciones se deue estar, aunque el numero sea tá pequeño, quia in quolibet negotio sufficit quod duo testes cõcordent, vt ex *l. vbi numerus de testib. & cap. in omni eod. tit.* tradit Steph. Gratian. c. 551. n. 29.

In quolibet negotio duo testes conformes sufficit.

46 ¶ Y segun el tiempo, que el dicho Capitan en-

tró a posseer las casas que compró en 1900. ducados, los arrendamientos, que el Conuento ha presentado, no pueden cōuenir a las dichas casas, sino a las dotales, que fuerō las que con las referidas vendio el Conuento, lo qual se manifiesta, porque los arrendamientos son desde el año de ocho al de 1616. y segun el testimonio del remate en el Capitā, fue el dicho año de 616. de forma, que las casas del remate no estan comprehendidas en los dichos arrendamientos, ni los testigos pudieron tener respeto a ellas, pues se remitieron en sus deposiciones a los arrendamientos de las dichas casas.

47 ¶ Demas, que la causa de sonar los dichos arrendamientos en precios tā baxos, fue estar executadas por corridos de vn censo, y arrendarlas el señor del censo, teniendo consideracion a que solo rindiessen cantidad con que yr cobrando sus corridos, lo qual es manifiesto por los dichos arrendamientos.

48 ¶ Con lo dicho cōcurre, que las casas aunque sean muy grandes y de notables edificios, nunca rentan tanto, que sea correspondiente el valor que tiene, Bald. *in l. fin. § sin autem legata, C. de bonis quæ liber. n. 1*, ibi: *Item nota quod domus sunt quodammodo steriles quia non correspondēt reditus pretio domorum*, Cagnol. *in l. 2, C. de rescind. vendit.* Petrus Surd. eos referens, *cons. 151, n. 70*, Paul. Castr. *in dict. l. & §. n. 3.*

49 ¶ En quanto a la segunda parte, en que el Capitan se funda en las dichas dos escrituras de arrendamiento y dacion, a tributo son tambien adminiculos justificatiuos de su pretension, y hazen prouança en fauor del Capitan, que aunque no son los arrendamientos de todas las tres casas, sino de dos de ellas, respeto de lo q̄ queda dicho, no dexan de prouar parte de la dicha pretension, porque instrumentum dicitur probatio probata, Bald. *in l. interst. C. de solut.* & *in l. quoties, in fin. C. de iudic. & instrumētum facit rem notoriam*, Curt. iun. *cons. 109. n. 20*, Socin. iun. *cōs. 189, n. 17, lib. 2.* Y como dexamos ponderado, como no se ha de juzgar el valor de la cosa por lo que rinde, sino por su justo precio, este será el que

la comun eſtimacion de los hombres le diere, y no el q̃ de ſus reditos, ſe puede inferir.

50 ¶ En quanto al tercero medio de la confeſsiō del Conuento, es fuerça que confeſſemos que es indigna coſa, que vn Prior y Conuento diga contra ſu miſma confeſsion lo contrario de lo que tiene declarado: *Nimis enim indignum eſſe iudicamus, quod ſua quiſque vere dilucide proteſtatus eſt id in eumdem caſum infirmare, teſtimonio que proprio reſiſtere*, ita Imperator Iuſtinus, *in l. naturaliter in fin. C. de non numerat. pecun.* en la dicha eſcritura de tranſaccion confieſſa el Conuento, que deue a el Capitan de los alquileres de las dichas caſas dos mil y quinientos ducados, que ſale cada año a 300. pues como ſe admitir cōtraria alegacion y articulo en coſa que la parte contraria con tanta deliberacion, precediēdo tres tratados conferido con el Conuento, declaró, confeſſandoſe deudor de la dicha cantidad? coſa es, que no cabe en razon, ni puede tener aun ni aparente ſatisfacion. Y la dicha confeſsion neceſſariamente ha de dañar y prejudicar en la dicha cantidad de debito al dicho Conuento, por ſer hecha en inſtrumento, Maſcard. *conclus. 358. per totam*, Cardin. Tuſch. *concluſ. 653, liter. C. n. 9*, & hoc, aunque el inſtrumento ſea nulo, Tuſch. *vbi proximè, nu. 1.* Con lo qual concurre en prueua de la dicha deuda, q̃ en la demāda q̃ el dicho Capitā año de 620. puſo al dicho Conuento por las dichas caſas. Pidio ſe le cōdenaſſe a la reſtitucion de ellas, y ſus alquileres, a razon cada año de 248. ducados, y en el dicho pleyto no negó el Conuēto el valor de los alquileres, ſino ſe valio ſolo de alegar, que el Capitan les auia vendido las dichas caſas verbalmente, y en el dicho pleyto vuo ſentēcia por D. Iuan de Hoces Iuez Apoſtolico, en que condenó al dicho Conuento en reſtitucion de las dichas caſas cō los legitimos intereſſes, que auian corrido, y corrieſſen, haſta la Real ſatisfacion. Lo qual aſsimiſmo ſe esfuerça cō la relacion de las cartas del Prouincial del Orden de S. Aguſtin eſcritas al Capitan en que le aſſegura la paga de los alquileres, y la relacion de la licencia que dio el

dicho

dicho Prouincial, para efetuar la dicha escritura, donde les dà facultad para comprar las dichas casas, en el precio que se conuinieren, y asimismo para la paga de los alquileres, que pareciere deuersele, despues de todo lo qual se otorgò la dicha escritura de transaccion, en que se hizo la dicha confession, con que parece que queda satisfecho, y respondido al tercero genero de prouança de que el dicho Conuento se vale.

51 ¶ Ex alio capite, està excluydo el dicho Conuento en el caso de este pleito, porque le obsta el ser escritura de transaccion enla que pretende que vuo la lesion, y auerse en ella transigido los derechos, q̃ las vnas, y otras partes teniã deduzidos en los pleytos que estauan pendientes, contra la qual ex veriori, & receptiori opinione, no se admite lesion, vt considerat Ceuall. *in commun.q.72.* versic. *Sed his non obstãtibus*, Anton Fabr. *de error.pragmatic.Decad.8.lib.9.error.10.* Omnino videndus, Mantic. *de tacit.& ambig.tom.2. lib.26.tit.9.nu.2.* Y aunque algunos Doctores tuuieron q̃ data lesione enormissima se podia rescindir la transacciõ, a quiẽ refiere Ceuall. vbi sup. vers. *Sed verius*, y Burg. de Paz, *cõs.19.* todos conuienen en vna cosa, y es, q̃ esto ha lugar, interuiniendo dolo en la dicha transaccion, Mantica, vbi supra, *d.tit.9.n.2.* Y bien claro se manifiesta, que no lo vuo de parte del Capitan, ni se puede presumir q̃ le vuiesse conocida su buena fee, y modo de proceder.

52 ¶ Y segun los meritos de la causa, y lo que dexamos fundado, no ay lesion, ni genero de ella, ni de las prouanças se puede colegir cosa que prejudique al dicho Capitan, demas de que en la materia de transaccion, y de su recision por lesion, aunque esta sea, in quadruplum no ha lugar el rescindirle. Ita in terminis. Anton. Faber. *dict. decade 8.* dicens: *Ille nunc error nobis refelendus est qui mihi omnium maximus videtur, quod etiam transactionem ex causa immodicæ lesionis rescindi posse arbitrantur. Quò quid dici potest, non dicam absurdius, sed toti etiam Reipublicæ pernitiosius? Nam si Reipublicæ interest lites quæ in dies fere singulos enumeratæ*

emergunt, aut transactione finiri, finitas autem bona fide idest non vi, non dolo nunquam restaurari, quemadmodum tot iuris locis scriptum est, quis erit obsecro litium finis si ex causa immodicæ lesiones transactiones rescindi concedatur? at vero, si pandectarum ius inspicias, constat nõ potuisse transactionem rescindi prætextu lesionis, si ad quadruplum vsque lesio interuenisset, l. Lucius 78. §. vltim. ff. ad Senat. Consul. Trebel. &c.

53 ¶ Y la dicha transaccion està jurada por el dicho Prior y Conuento, y auiendo jurado su obseruancia, y no venir contra ella, se presume, sciuisse valorem domorum, per quam scientiam excluditur huiusmodi remedium lesionis, Corneus, *cons.* 189. *col.* 4. *lib.* 1. Rota diuers. *decis.* 440. *n.* 3. *p.* 1, Dom. Couarr. *lib.* 1, *var. cap.* 4, *n.* 3, Abb. *consil.* 71, *col. penult. post medium*, vers. *Condescendendo in secundo dubio, lib.* 1. Alex. *cons.* 133. *col. penultim. in princip. n.* 11. *&* *col. fin. n.* 15. *lib.* 5.

54 ¶ Ex quibus omnibus manifeste patet, que el dicho Conuento no pueden obtener en quanto a la dicha lesion, por no tener prouança de ella, y por la dicha transaccion, y el juramento que interuino en su otorgamiento, & consequẽter, que el Capitan deue ser absuelto de su demanda.

SEGVNDO MEDIO.

55 LA prouança del dicho Capitan Lorenço de Herrera, en quanto al valor que tenian las dichas casas al tiempo que las vendio al Conuento de Señor San Agustin, es de vn gran numero de testigos, que en la sexta pregunta de su interrogatorio, concluyen, que las dichas casas a justa y comun estimacion, al tiempo de la venta valian, vnos dizen ocho mil ducados, otros 8500. otros nueue mil, la qual cantidad quando la juzguemos por la parte menor, y vengamos a dexar las deposiciones reduzidas todas, o ocho mil ducados, estos juntos con los dos mil y quinientos que el Cõuẽto cõfessò deuer de los alquileres, hazẽ 11U900.

duca-

ducados, que baxados de ellos los 6ʒ. en que el Conuento compró las dichas casas, viene a auer de agrauio contra el dicho Capitan 5ʒ antes mas que menos, consideradas las deposiciones de los dichos testigos.

56 ¶ Siendo assi, que el dicho excesso y lesion fue tan grande, que llega a mas de cinco mil ducados, conforme lo que dexamos resuelto, supra num. la dicha lesion es enormissima, y assi conforme a los textos, y autoridades, que alli se ponderaron, el dicho Conuẽto està obligado a la satisfacion del dicho daño, o entregando las casas al Capitan, o supliendo el precio que và desde 6ʒ a 11ʒ ducados, lo qual es conforme a la naturaleza de la lesion enormissima, vt diximus, supra n. y respeto de que en quanto a la reconuencion que tiene la mesma naturaleza de la accion de dõde nace, viene a ser actor el dicho Capitan en materia de lesion, siẽdo sus prouanças tan exuberantes, la del Reo, que es la del Conuento, no le puede hazer competencia, ni diminuir su credito, aunque fuera mayor, Pinel. *in d. l. 2, C. de rescind. 3. part. cap. 4. n. 43*, vers. *Ego tamen*, ibi; *Ego tamen equius existimo vt si actor bene probabit hanc lesionem obtinere debeat licet ex probatione conuicti obscuretur eius probatio quia tunc non est causa in ambiguo cum probatio actoris plena, & efficax sit*, Matienç. *in l. 1. tit. 15, lib. 5, recopil. n. 52, & 53*, Ioan. Gutier. *pract. 2 q. 239, n. 3. prope finẽ*, Quanto mas que no tiene prouança el dicho Conuento, porque aunque ha presentado muchos testigos, ninguno de ellos concluye cosa de consideracion.

57 ¶ Con esta aduertencia dezimos en prueua de la pretension del dicho Capitan, demas delo que dexamos ponderado de razon de lesion dos cosas. La primera, que de parte del Conuento vuo dolo, ex proposito, y presunto en la dicha compra. La segũda, que el dicho dolo junto con la dicha lesion, sacan el caso de todo genero de duda, quando le pudiera tener. Para que se rescinda la dicha venta.

98 ¶ En quanto a la primera, con euidencia consta del dolo, ex proposito, del dicho Conuento, pues para obli-

ra obligar al dicho Capitan a q̃ les vendiesse las dichas casas en tan baxo precio, quisieron prouar, que quando las recibieron en arrendamiento, auia sido por vẽta verbal, y por lo que dos personas apreciassen, causando cõ esta relacion falsa, los pleytos tan grandes que vuo, antes que se otorgasse la dicha escritura de venta, el qual viendose molestado, en diferentes Tribunales, vino a venderlas por salir de los dichos pleitos, y ver sus casas en diferente estado del que tenian al tiempo del arrendamiento, de lo qual se descubre el dolo que dio causa al dicho contrato de venta, que le anula y obliga a que se rescinda, *l. qui nondum, C. de hæred. vel act. vend.* ibi: *Qui nondum certus de quantitate persuadente emptore quasi exiguam quantitatem eam vẽdidit vere fidei iudicio conueniri, vt res tradat vel actiones mandet non compelletur nam suo quoque iure eorum persecutionem habet.* Quem text. Bald. & Salicet. sit summant deceptus in contractum, dolo aduersarij non cogitur adimplere contractum, eamdem resolutionem tenet Paul. de Castr. in eadem *leg. qui nondum.* Y el dicho dolo se descubre mas, con que sabiẽdo el dicho Conuento el verdadero valor delas dichas casas, por estarlas viuiendo, y auer examinado su valor, induxo al dicho Capitan que se las vendiesse en el dicho precio de 6ȷJ. ducados. Assi mismo interuino el dolo presunto, qui dolus re ipsa nuncupatur, *l. siquis cum aliter, ff. de verb. oblig. l. Lutius, §. fin. ff. ad Trebellian.* tex. notabilis, *in l. omnis, §. Lucius, ff. de his quæ in fraud. credit. l. si superstite, C. de dolo.* El qual dolo presumpto, & re ipsa, en quanto a los efetos se equipara al dolo verdadero, & & ex proposito, & vltra prædicta iura, & DD. ibidẽ tradit eleganter Barbac. *consi.* 42. *n.* 14. *cum seqq. vol.* 1. Petrus Surd. *consi.* 49. *n.* 39. *&* 40. *vol.* 1. En tanto grado, quod vbi agitur de recisione, vel annullatione contractus non potest probabilis admitti differentia inter verum dolum, & præsumptum, *l. siquis cum aliter, ff. de verbor. obligat.* ibi: *Qui enim per dolum obligatus est competit ei exceptio, idem est si nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habeat, l. 1. in fin. ff. de doli excepti.* Pedr.

Surd.

Surd. *d. cons. 49, n. 42, in fine, & 43.* Farinac. *cons. 42, n. 12.* plures allegans Fachine. *lib. 2. controuer. cap. 26. littera E. vers. Mouet secundo,* Domi. Molina, *de Hispan. lib. 2. cap. 3. num. 18.*

59 ¶ En quanto a la segunda, quando la dicha lesion no fuera de las calidades, que està prouado, sino que fuesse muy pequeña con la dicha presuncion de dolo, corruit contractus annullaturque, & res cum sua causa restituitur, Pinel. *in dict. l. 2. C. de rescind. 2. p. cap. 4. n. 29.* ibi: *Eamdem receptiorem sententiam limitandam contrariã quẽ saluandam arbitror, quando vltra lesionem alia non leuis ratio concurreret prout si callidus emptor simplicem venditorem suasionibus aliceat, licet non integro dolo, tunc enim videretur emptor non excusandus à restitutione fructuum.* Y segun la verdadera inteligencia de la *l. 1. C. si maior. fact. alienat.* Es texto en terminos donde qualis qualis lesio cum præsumptione doli contractum penitus annullat, Padill. *in d. l. 2. C. de rescind. n. 15.* dicens: *Præterea lex illa non meminit de deceptione vltra dimidiam, nec eam requirit, sed qualemcumque pretij deceptionem cum dolo,* & inferiùs, ibi: *Ecce duo ibi requiri alterum deceptionem fuisse in pretio (nec de dimidietate verbum vllum) alterum dolo ratihabitionem fuisse factam, quamobrem nimirum si res cum fructibus restituatur,* doctrinas, que deciden el caso de este pleyto, porque como dize Pinelo, siendo el comprador sagaz, y astuto, y el vẽdedor no de la dicha calidad, aunque la lesion no sea excessiua, ni el dolo claro y euidente, nihilominùs, el contrato es nulo. Y quando el dicho Conuento elija el quedarse con las casas, ha de pagar la demasia del precio con los justos interesses, porq̃ ha tenido mala fee por el dicho dolo, que interuino, q̃ obliga vt contractus redatur nullus retro, *l. eleganter 7. de dolo, l. si dolo, C. de contr. emptio.*

Quilibet lesio cum presumptione doli contractum penitus anulat.

60 ¶ Y siendo el dicho contrato nulo, como estana obligado a boluer las casas con los frutos, respeto de la enormissima lesion, Cagnol. omnino videndus, in *d. l. 2. C. de rescind. n. 81,* Anton. Faber. *in C. Fabian. libr. 4. titul. 30. sub rubric. de rescind. vendit. definitio. 3.* vers. *Si in*

Resoluto contractu propter lesionem redditur res cum fructibus.

vendition, omnino videndus, no entregando las casas, suceden los intereses en lugar de frutos del precio, y deue ser condenado en la restitucion de ellos, como cosa consecutiua a la misma possessiõ, que se restituye.

61 ¶ Concurriendo tantas causas justificatiuas de la pretension del dicho Capitan, no solo juntas, sino cada vna en particular, son bastantes a inclinar el recto arbitrio de v.md. a que en semejantes materias, se deue estar, para que se tenga por prouada la dicha lesion, en fauor del dicho Capitan Lorenço de Herrera, y se condena al Conuento por la dicha reconuencion en la demasia del precio, que son cinco mil ducados con sus justos interesses, en caso que el Conuento elija, quedarse con las dichas casas, como parece que lo denota su demanda, juzgando impossibilidad en la restitucion.

TERCERO MEDIO.

62 ESte medio tiene dos partes. La primera, la vtilidad que se siguio al dicho Conuento de la cõpra de las casas. La segunda, que la Capilla que el Conuento se obligó al labrar al dicho Capitan en su valor, no es equiualente a satisfazer los beneficios recebidos del dicho Capitan.

63 ¶ El dicho Conuento para la exclusion del dicho medio, se vale de tres fundamentos. El primero, q̃ no se pudieron obligar por defeto de solenidad, y potestad.

64 ¶ El segundo, que la obligacion de labrar la dicha Capilla, en caso que pueda cõsistir, les ha sido dañosa, porque las condiciones de ella son de tal calidad, y autoridad, que por su causa no ay quien quiera el patronato del dicho Conuento.

65 ¶ Lo tercero, que no han recebido del dicho Capitan beneficios ningunos a que pudiesse tener respeto la donacion de la dicha Capilla, la qual conforme a sus condiciones se estima en 8ij. ducados.

66 ¶ A estos tres fundamentos, se satisfarà excluyendo

yendo cada vno en particular, y en la dicha exclusió se fundarà la justicia del Capitan en lo tocante a las dos partes del dicho medio.

67 ¶ En quanto al primero fundamento, para su satisfacion es necessario aduertir, que la dicha escritura de transaccion se celebrò con licencia del Prouincial de la dicha Orden, cõ tres tratados, y despues la aprouò el dicho Prouincial, como consta de la dicha escritura.

68 ¶ No hallamos en que se pueda apoyar el dicho primero fundamento, porque si bié es verdad, que para transigir sobre las cosas del patrimonio Eclesiastico está dada cierta forma, ad tradita per *glossas, & DD. in cap.1. de transact. cap. examinata de confirm. vtil. vel inut.* Esta se guardò en el otorgamiento de la dicha escritura, pues vuo licẽcia del Prouincial, y tres tratados, cõforme se requiere en los dichos textos, y quando no los vuiera auido, auia de consistir la dicha obligacion, porq̃ la regla de los dichos textos procede quando se trãsige sobre bienes, que actualmẽte estaua posseyendo la Iglesia, sobre que era la controuersia, o auian salido de su dominio, absque debitis solemnitatibus; y en qualquiera de estos dos casos, no valdra la transaccion, sin que precedã las solenidades de los dichos textos, pero si los bienes sobre que se litiga, nunca estuuieron incorporados en el patrimonio de la Iglesia, ni los tuuo perfetamente adquiridos, ni los posseyó en algun tiempo, la transaccion es valida y legitima, sin que sean necessarias las solenidades del derecho, vt per Bald. *in l. præses, n.9,* versi. *Item secundũ, C. de transact.* & post antiquiores Menoch. *de arbitrar. lib. 2, casu 171. n.74. & 76.* Roland. à Valle, *consi. 15, n.42, vol. 1.* & ante eos in terminis transactionis factæ per Prælatum Hieremitarum D. Augustini tradit Bald. *consi. 261, incipit optimæ allegationes, libr. 4.* dicens: *Optimæ allegationes sunt istæ: tamen in fratribus mendicantibus est speciale vt pacta, & transactiones factæ, & facta bona fide per capitula, & priores locorum suorum valeant licet superior non interuenerit, vt in cap. fin. de pact. lib. 6. Vnde super non liquido transigere poterunt, C. de trãsact.*

l. præses

l.præses & ideo cum Heremitarij sint mendicātes sufficit ad transigendum pro priore Conuentui commißio facta per dict. cap. fin. de pact. in 6. quod generaliter loquitur in omnibus spectantibus ad Conuentū siue sint decimæ, siue aliæ res præterea considerandum est de intellectu, cap. Monasterium de reb. Eccles. non alienam in illa disiunctiua Conuentus aut Prælati dico enim quod hoc est permissum quia non dicit alienatum quod nunquam possederunt nec constat eorum fuisse, vnde compositio potius dicitur licium execratio, & Bald. sequitur Nata, *cos. 441. n. 9. & seqq.* loquiens in transactione cum Monasterio minus solemniter facta, vbi num. 27. dicit quod sufficit sola licentia Prouincialis optimè Trentacinq. *lib. 3. var. tit. de rerum alienat. resolut. 1. n. 29. per tot. maximè, in vers. De mente,* vbi post plures Doctores distinguit quod aut possessio rei de qua est controuersia est pœnes aduersarium, & nullo tempore fuit pœnes Ecclesiam, nec in eius bonis, & transactio potest fieri absque solemnitatibus, alias requisitis, aut rei litigiosæ possessio, est pœnes Ecclesiam, & in eius bonis, si aliquo tempore fuit Ecclesiæ, & in eius patrimonio incorporata, fuit tamen alienata sine solemnitatibus, tūc trāsactio fieri nequit absque solēnitatibus, á iure in rei Ecclesiasticę alienatione requisitis, optimé Menoch. omnino vidēdus, *cōs. 73, per tot. maximè, à n.* 8. Y en nuestro caso bien claro consta, que el dicho Conuēto jamas tuuo en su patrimonio la dicha Capilla, quia non erat neque est in rerum natura, y que las casas no tenia dominio en ellas, porque estaua y residia en el Capitan, y asi pudo hazer la dicha transacciō, aun sin las solenidades decretados, licencia, y aprouacion del Prouincial, de que resulta, que viene a ser sin substancia la oposicion de defeto de solenidad y potestad.

Suficit licentia sola Prouincialis ad transactiones super bonis Monasterij

69 ¶ En quanto al segundo fundamento dezimos que el supuesto del es falso, porque no solo ay vn patrono de la Capilla mayor, mas dos. El vno, Felipe Boquin a titulo de cuyo patronato entrarō en la Ciudad de Cadiz. Y el otro, el de Alonso de Herrera Torres, q el año de 632. les dexó su hazienda, para que si labrasse la Ca-

pilla

pilla mayor, como cõsta de las escrituras, y testimonios en este pleyto presentadas, de forma, que en quãto à lo susodicho, carece de certeza la dicha oposicion.

70 ¶ Que al dicho Conuento le aya resultado vtilidad de la dicha donacion de Capilla, patet euidenter.

71 ¶ Primò, porque se transiguio la duda, y controuersia, que auia entre las partes, y considerado el dubio euento fue vtil el transiguirlo, y dar la dicha Capilla, *l. quod debetur, ff. de peculio.* Principalmente, siendo tan clara la justicia del Capitan.

72 ¶ Secundò, porque con la dicha transaccion se dio fin a los pleytos que estauan pendientes Nam satis dicitur lucrari quia lite discẽdit, *l. Lutius, §. ultimo, ff. ad Trebelian.*

73 ¶ Tertio, porque quedaron los Religiosos cõ casas y sitio, para su Conuento.

74 ¶ Quartó, por auer grangeado vna persona de tanta calidad, y autoridad, como la del Capitan, como el dicho Conuento lo confiessa en la escritura.

75 ¶ Quintó, por auer obligado con la dicha Capilla al dicho Capitan, a que si hasta el dicho tiempo les auia fecho los beneficios, que son notorios los hiziera mayores de alli adelante.

76 ¶ Sexto, porque el dicho Conuento con la dicha escritura consiguio el dicho sitio, y casas de que necessitaua, & vtile dicitur, obtinere quod nostra interst, & ideo interdum vtilitas, pro eo quod interst ponitur, *in l. sed loci, §. 1. ff. finium regundo.* Vbi Bald. *l. 80. ff. de furt.*

77 ¶ Septimo, porque tambien se deuen estimar las vtilidades, que el Capitan perdio con la venta de las casas, que estas cada dia auian de ser mayores, las quales consiguio el Conuento, *l. 9. §. ultimo, ad exhibend.*

78 ¶ Octaua, porque si el dicho contrato no vale el Capitan boluerá à seguir sus pleytos, y es cierto, que despojará al Conuento de sus casas, cosa que les era tan dañosa, y perjudicial.

79 ¶ Ex quibus omnibus necessario fatendum est

que la dicha vtilidad es manifiesta, y que consta de ella, por la mesma escritura de transaccion, en que el dicho Conuento, no solo cōfiessa las referidas, pero otras mayores, como despues se dirà.

80 ¶ En quanto al tercero fundamento, se satisfaze a lo en el contenido con las consideraciones siguientes.

81 ¶ Y antes de tratar de su satisfacion, es necessario aueriguar, que contiene la donacion, que el dicho Conuento hizo al Capitan en la fabrica de la Capilla, y el costo que tendra, y quales son los beneficios que el Conuento auia recebido del dicho Capitan.

82 ¶ Et in primis, se deue aduertir, que la fabrica de la dicha Capilla, en la mayor parte de ella cōcierne al cuerpo de la Iglesia del dicho Conuento, y que labrandose conforme a la obligacion que el dicho Conuento tiene, y planta que de ella se hizo, viene a hazer la tercia parte de la Iglesia del, y tāto menos tendra el Conuento de costa en la fabrica de su Iglesia, quanto gastare en las paredes de la dicha Capilla, pues las que se han de hazer para la fabrica de ellas, son paredes de la dicha Iglesia, y lo que viene a gozar el Capitan, es el gueco de la dicha Capilla, lo qual demas de que la razon lo dicta, està prouado concluyentemente.

83 ¶ En segundo lugar se deue considerar, que la obligacion del dicho Conuento, solo es de labrar la dicha Capilla, sin Retablo, reja, soleria, ni otra cosa mas q̄ el casco, y esta en la forma que queda ponderado.

84 ¶ En tercero lugar, que toda la fabrica dela dicha Capilla està concertada y rematada por 11U800. ducados, como consta del testimonio en este pleyto presentado.

85 ¶ Por manera, que toda la fabrica de la dicha Capilla, y donacion, que tanto se pondera, viene a estar estimada en 11U800. ducados, y que del dicho cuerpo de donaciō se ha de venir a baxar lo que del resulta en vtilidad

lidad y augmento del dicho Conuento, y este viene a ser mayor, que el que toca al dicho Capitan, pues como dicho es con las dichas paredes, se viene a hazer la tercera parte de la Iglesia.

86 ¶ Insuper videndum est, que son las obligaciones, que el dicho Conuento tiene al dicho Capitan a que pudiesse tener respeto la dicha donació, y ver si las vnas conferidas con las otras, ay excesso en la donacion.

87 ¶ El dicho Conuento y Prior en la escriptura de transaccion, dize, que los beneficios que ha recebido del Capitan, son, *inmensos*, assi en la entrada en Cadiz, como en auerles socorrido sus necessidades, respeto de tener muchas, por ser forasteros, las quales con su mucha largueza y Christiandad, llegando a su noticia, quedaron socorridas.

88 ¶ Grande es la fuerça de las palabras de la dicha donacion, y mayor es la comprehension de la palabra, *inmenso*, de la qual vsaron las leyes, para significar la grandeza de la cosa de que iuan hablando la *l. 2. C. de inoff. donat.* dixo, *Immensa liberalitas*, la *l. 3. d. tit.* dixo; *Immensæ donationes*, la *l. 26. ff. de seruit. vrban. præd. propter immensas contentiones*, en las letras humanas llegando Plinio, *lib. 8. cap. 28.* a tratar de la significacion de la palabra, *Immenso*, dixo, *Immensum est quod præ magnitudine mensurari non potest.* Y mas apretado Cicero, *cap. 1. de natur. deor.* dicens: *Immensum idem significat quod infinitum.*

89 ¶ Pues siendo esto assi, que los beneficios y obligaciones, que el Conuēto auia recebido del Capitan, son infinitos, como puede admitir comparacion lo inmenso con lo mensurado, lo finito, con lo infinito, quod nec iure, nec ratione conuenit.

90 ¶ La donacion, que el dicho Conuento hizo al dicho Capitá fue remuneratoria, para en parte de pago de las obligaciones que le tenia repetidas tantas vezes en la dicha escriptura, en la qual confiessan, que son tãtas, que es impossible en todo poderlas satisfazer. Lo qual parece que se ajusta con la doctrina de Anton. Nata,

consi

conf.600,n.37,& 38. subijciens: *Quod vt dicatur aliquid pro remuneratione datum oportet quod aliud equipoleat rei donatæ veluti quia redemptus sit ab hostibus, nam tunc appellatur merces eximi laboris, vel quid aliud fuerit præstitũ quod pretio numeratio digne stimari non possit, iuxta tex. in l.si pater, §.1. ff.de donat. Ioan.de Amic.cons.31. nu.10. &* 11. Rebuf. *in prax. beneficiat super præfatio, ad rubr. decolat.col. penult.* Admirable dotrina para vencer las oposiciones vulgares de quantos han dicho, que no se llama contrato remuneratorio, sino donaciõ simple la que nacio de liberalidad voluntaria, porque aunque precedan seruicios, y beneficios, si el premio de ellos no podia pedirle judicialmente el remunerarlos, no es obligaciõ, sino gracia, segun la distincion de Pinel. *in l.1.C.de bon. matern.n.60, vsque ad 65.* remunerationem vocari quæ fit propter merita etiam noninducencia ciuilem actionem Cæsar de Graf. *decis.2.de donatio.n.18,* ibi: *An autem merita debeant esse talia, quæ actionem producant? Fuit dictum quod cõmunis est quod non, licet Arias Pinel.copiose post multos ab eo relatos defendat contrariam opinionem,* Card. Mãtic. *de tacit.& amb.conu.lib.13, tit.15.n.16,* dicens: *Quod non requiruntur merita quæ efficacem producant obligationem, & lib.21.tit.4.n.7.* ibi: *Neque enim talia debent esse merita vt producant efficacem obligationem ad agendũ,* Gracian. *disceptat.386.n.13.* Quia donationem remunerãdi causa factam propriè non esse donationem quia ex mera liberalitate, & munificencia non proficiscitur, *l.1. in princip. l.Aquilius, ff.de donat. l.siquis pro vxore, §.1. in fin.* ibi *Quasi donatum, ff.de donat.inter vir.& vxor.* Sed ex necessitate ne dicatur ingratus qui beneficium recepit, & non remunerat, vt tradit Aristot. 9, Ethic. Beneficia redenda sunt potius quam amicis dandum, de quo plura per Hypol. Riminald. *in princip.institu.de donatio. à num.101.fol.17.* Y el mismo Pinel reconoce, que quando los beneficios son tan grandes, y excelentes, como los que el Conuento ha recebido del Capitã, no serà simple donacion, sino vn contrato perfetissimo, y de perpetua cõsistencia, vt videre est apud eum, *n.71. iead.3.p.l.1. C. de bon.mater.*

Y si

91 ¶ Y si se replicare, que no consta de meritos, a que esté obligado el Conuéto para satisfazerlos, se responde, que de los dichos meritos, y beneficios, consta en dos materias. La primera, por la prouança del dicho Capitan, que es plenissima, en quāto a lo susodicho. La segunda, por la misma escritura de transaccion, a donde en particular se van enumerando, y en este caso se deue estar a la relacion del instrumento, ex celebri doctrina Bald. *in l. illud, n.13. C. de Sacrosanct. Eccles.* dicens: *In dubio distingue aut in instrumento fit mentio certorum meritorum in specie, & tunc stabo instrumento, l. Atilius, ff. de donat aut fit mentio meritorum in genere, & tunc per istud instrumentum non probantur merita quia in certitudo genera obscuritatem, &c.* Tiber. Decian. *cons. 25. n.39. vol.2,* Petrus Surd. *cons. 419, n.64, vsque ad 67,* Mascard. *conclus. 184, n.11.*

92 ¶ Y aunque en Estrados se ponderò, que la remuneracion auia de ser con respeto à los meritos del beneficio, porque enlo q̃ excediesse era necessaria insinuacion, esto lo confessamos, pero con vna limitacion, q̃ es quando los meritos y seruicios resulten de auer conseruado la vida, o estado, o de otro acto semejante, que en tal caso, como no admite estimacion, nunca el premio puede ser excessiuo, y assi cessa la causa del insinuar la donacion, y el titulo corre libre, y priuilegiado de qualquiera impedimento, Nata, *cons. 600. n.38. lib. 3.* Anton. Petr. *de potest. Princip. c.32. dubit.2. n.160.* vbi dicit: *Quod & si merita debeant esse equipolencia numeratione sufficit quod donatarius insigne aliquod seruitium fecerit ad hoc vt dicatur benemeritus,* y q̃ mayor puede ser q̃ auer alimentado al dicho Conuento, y socorridole sus necessidades publicas y secretas, dadole su casa para su habitació, en tiempo que no teniā otra, ni la auia en la dicha ciudad, defendidoles enlas contradiciones q̃ vuo para su entrada en Cadiz, cosas dignas, no solo para darle vna Capilla particular, mas para hazerlo patron del dicho Conuéto, pues sus obras sin el titulo estauan clamādo por el.

93 ¶ Y las pagas de los seruicios y beneficios rece-

bidos, no denẽ medirse tan estrechamẽte, como si fuesse liquidaciõ de cuentas, pues qualquiera largueza se acredita con preceder merito de quiẽ la recibe, y asi los antiguos dezian, que las gracias eran tres, a las quales pintauan, la vna con las espaldas bueltas, y las otras dos cõ el rostro derecho, mirando a todas las personas para significar que el beneficio ha de boluer duplicado, y q̃ el exceder la remuneracion a los meritos no es vicio, sino produccion natural de la misma obra antecedente como en el campo fertil, que por pequeña cantidad frutifica en notable estremo, Alex. ab Alex. *lib.* 5. *dierum gen.* *c.* 5. que refiere los dichos dos exemplos de las tres gracias y fertilidad de la tierra.

Gratiosa humanitas

simile propriũ.

94 ¶ Todo lo qual se ha dicho ex superabundanti, porq̃ la dicha donaciõ remuneratoria, no iguala, ni puede a los beneficios recebidos del Capitan, ni admite cõparacion, lo vno con lo otro, y es imaginario el querer comparar lo donado con lo recebido.

95 ¶ Y quãdo todo lo q̃ queda dicho cessara, el Capitan Lorenço de Herrera se allana a vna cosa q̃ no tiene respuesta, y es, que supuesto que el Conuento pide q̃ la escriptura se declare por ninguna, lo consiente, y està presto de recebir sus casas, y pagar al Conuẽto el precio q̃ recibio por ellas cõ los justos interesses, pagandole el Conuento los alquileres q̃ le deuia al tiempo dela transaccion, y los que han rentado al dicho respeto, hasta la restituciõ, lo qual parece q̃ es cosa en q̃ no cabe disputa.

96 ¶ Ex quibus omnibus constat, q̃ la justicia del dicho Capitan es manifiesta, porq̃ el Conuento no puede intentar el remedio de la lesion, y quando pueda no la tiene prouada, y el Capitan tiene concluyente prouança de q̃ la ay contra el, y asi le tiene recõuencido, el cõtrato fue vtil al Conuento, lo que el Conuẽto le dio fue para en pago de parte de los beneficios, que auia recebido, confessandose deudor de otros mayores q̃ no admiten recompensa, y asi esperamos q̃ se ha de determinar en su fauor. Salua in omnibus, &c.

El Licenciado Esteuan Perez de Luz.